



Giovanni Finazzi

Istituzioni di diritto romano



Giappichelli

Introduzione

Le *Istituzioni di diritto romano* nascono da una riflessione su alcuni problemi relativi all'insegnamento della omonima materia e sono destinate a soddisfare le esigenze teoriche e pratiche della didattica. È un dato di fatto che il primo impatto con le istituzioni di diritto romano suscita in un numero non esiguo di studenti l'erronea impressione di una complessiva estraneità dei temi trattati agli orizzonti del futuro operatore del diritto. Da un lato, ciò è dovuto alla sempre più scarsa sensibilità dell'epoca attuale, attraversata da vorticosi e inarrestabili movimenti e adagiata sull'eterno presente di 'internet', per la storia e per la cultura, se si eccettua una ristretta cerchia di appassionati e di esperti: un disinteresse, questo, che si accentua quando dalla storia, per così dire, generalista, si passa a quella specifica di determinati settori come, nel nostro caso, il diritto. Dall'altro, su tale fenomeno incide la tendenza a lasciare all'iniziativa dei discenti il compito di cogliere il retaggio dell'esperienza giuridica romana in quella contemporanea, la quale costituirà, nella maggior parte dei casi, l'oggetto esclusivo delle professionalità che i docenti universitari contribuiscono a formare con il loro magistero. Ad accentuare l'idea dell'estraneità del corso di istituzioni di diritto romano rispetto all'attualità si aggiunge il fatto che, da tempo, a causa di alcune scelte legislative riguardanti l'accesso ai corsi di laurea e dei mutamenti che percorrono la società, solo un numero sempre più limitato di studenti iscritti al primo anno del Corso di laurea in Giurisprudenza è a conoscenza delle nozioni basilari della lingua latina, nella quale erano espressi i principi, i concetti e le regolamentazioni riguardanti l'esperienza giuridica romana, nel mentre per gli altri il 'gap' linguistico risulta assai difficilmente colmabile o, nella maggior parte dei casi, del tutto insuperabile. Tale fenomeno genera spesso una vera e propria paralisi di molti studenti di fronte alla materia trattata, quasi che la lettura e la memorizzazione di parole estranee alla lingua corrente, oltre a causare reazioni di insofferenza, faccia scattare un blocco nei meccanismi di comprensione e di apprendimento.

Nelle *Istituzioni di diritto romano*, si è tentato di mettere in luce con chiarezza le ragioni per le quali lo studio istituzionale del diritto privato romano fornisce un bagaglio di conoscenze indispensabile sia per procedere con maggiore facilità nel corso di studi, sia per presentarsi in seguito nel mondo del diritto attuale con il profilo qualificato del giurista, ben diverso da quello del mero conoscitore di norme, perché caratterizzato dalla consapevolezza di appartenere a una tradizione scientifica plurisecolare che affonda le sue radici nell'esperienza romana, dalla quale derivano, sebbene attraverso molteplici mediazioni, terminologie, concetti e metodi. Tale operazione culturale passa attraverso l'esame, pur necessariamente sintetico, delle principali relazioni in-

tercorrenti fra le categorie giuridiche moderne, utilizzate nell'esposizione dell'esperienza romana in funzione descrittiva, e quelle elaborate dai giuristi romani, non sempre coincidenti con le prime, ma utilizzate dai giuristi delle epoche successive come punti di riferimento per le loro costruzioni.

Sul piano pratico, poi, ogni espressione latina rilevante è stata corredata con una traduzione in lingua italiana fra uncini (< ... >). Tale operazione è finalizzata a recuperare fra docente e discenti una grammatica comune, che attenui il disagio degli studenti privi di basi linguistiche latine a fronte di una materia elaborata nella lingua utilizzata nell'antica Roma e quello del docente a fronte dell'evidente sconcerto di molti dei suoi allievi, costretti a fare i conti con parole estranee all'idioma patrio. Si spera, in tal modo, di evitare anche agli studenti che abbiano almeno nozioni basilari di latino la continua consultazione del vocabolario, che rischierebbe di distoglierli dall'obiettivo primario di concentrarsi sugli aspetti giuridici oggetto di studio. In tale operazione, è stato seguito il criterio di conciliare le esigenze della comprensione e della memorizzazione con quelle, più rigorose, della filologia, privilegiando talora le prime in considerazione dello scopo didattico dell'opera.

Inoltre, poiché i tempi a disposizione per la preparazione dell'esame nell'ordinamento curricolare sono piuttosto brevi, si è scelto, per agevolare l'individuazione dei temi rilevanti e la memorizzazione dei medesimi, di impiegare un carattere diverso, il grassetto, per indicare i principali oggetti della trattazione.

L'inserimento delle traduzioni di parole, frasi e periodi in lingua latina e l'opportunità di definire alcuni concetti in maniera più comprensibile ai giovani di come altrove sia stato fatto finora hanno comportato un incremento del numero di pagine rispetto a quello riscontrabile in altri manuali adottati nelle università, ma, alla luce di quanto si è osservato, la maggiore lunghezza del testo è più apparente che reale e non dovrebbe nuocere alla concentrazione dei tempi di studio imposta dalla semestralità dell'insegnamento.

Saranno i risultati dei futuri appelli e, dunque, in ultima analisi, gli studenti, destinatari di questo libro, il quale, negli intendimenti di chi lo ha concepito, dovrebbe rendere, per quanto possibile, un po' più leggero il loro lavoro, a dire se questo tentativo di coniugare la presa d'atto del nuovo quadro nel quale l'insegnante di istituzioni di diritto romano si trova a operare con l'esigenza di mantenere la scientificità dell'insegnamento sia riuscito, in tutto o almeno in parte. Un certo ottimismo, per vero, sembra autorizzato dalle reazioni positive manifestate da alcuni fra coloro che hanno scelto di preparare l'esame studiando i primi quattro capitoli del manuale, usciti in una 'Parte Prima' del 2019 in edizione provvisoria.

A differenza che in quest'ultima, nella quale si distinguevano parti in carattere normale e parti in carattere piccolo, si è scelto di pubblicare un testo più sintetico e perciò più agevolmente memorizzabile, senza distinzione fra diverse dimensioni di caratteri. Nel contempo, però, d'accordo con l'Editore, con una scelta innovativa, si è pensato di caricare sul 'web' una 'edizione virtuale aumentata', vale a dire un testo più ampio, con parti in piccolo contenenti esempi, precisazioni, chiarificazioni di concetti complessi, riferimenti e, talora, più ampi approfondimenti, secondo il modello che era

stato seguito nell'edizione cartacea della prima parte del manuale. Va da sé che la lettura dei contenuti aggiuntivi di chiarimento e di approfondimento presenti nella versione virtuale è del tutto facoltativa, non essendo richiesta per un favorevole esito dell'esame: sarà il singolo studente, in piena autonomia, a seconda delle proprie esigenze, dei propri interessi e dei piani di gestione del proprio tempo, a valutare se e in quale misura essa gli possa giovare.

Roma, settembre 2022

Avvertenza – Contenuti on line

Con l'acquisto del presente libro il lettore ha la possibilità di consultarne on line la versione ampliata nella "Biblioteca digitale Giappichelli".

Essa è utile a chi voglia disporre di ulteriori chiarimenti, esemplificazioni e approfondimenti.

Per usufruirne si deve accedere al sito:

<https://biblioteca.giappichelli.it/lamialibreria>

mediante le modalità specificate nella pagina finale del volume

Capitolo Primo

Le radici del diritto contemporaneo e le istituzioni di diritto romano

SOMMARIO. 1. Diritto romano e codici moderni. – 2. Il retaggio del diritto romano: contenuti normativi e scienza giuridica. – 3. Le istituzioni di diritto romano. – 4. Aspetti metodologici. – 5. Periodizzazioni. – 6. Funzioni dello studio del diritto romano.

1. *Diritto romano e codici moderni*

A) Per essere un giurista non è sufficiente conoscere tutte le norme giuridiche vigenti in un certo contesto o una parte più o meno ampia di esse, cosa che quasi tutti sono in grado di fare documentandosi, oggi anche grazie a ‘internet’, ma bisogna cogliere il **significato delle norme giuridiche**, anche al di là della portata letterale degli articoli in cui sono espresse, per determinarne nella pratica l’ambito applicativo. Poiché il diritto è creato dall’uomo e per l’uomo e ogni attività umana può essere compresa appieno solo se collocata nel quadro della cultura che la esprime, a tal fine è necessario acquisire una **cultura giuridica**, parte ineliminabile della quale è la **storia**. Ciò dipende, da un lato, dalla generica considerazione che la storia giuoca un ruolo decisivo nella cultura occidentale e, dunque, anche in quella giuridica. Ma soprattutto l’importanza della storia nello studio del diritto dipende dalla circostanza che sia i codici moderni di diritto privato dell’Europa continentale, sia gran parte dei concetti giuridici elaborati dai giuristi moderni costituiscono il risultato della riflessione di molte generazioni di giuristi succedutesi nel corso dei secoli, avente per oggetto, con assoluta prevalenza, il diritto romano.

Convenzionalmente, l’**esperienza giuridica romana** inizia con la fondazione della città di Roma, verso la metà dell’VIII secolo a.C., e si protrae per circa tredici secoli fino alla morte dell’imperatore Giustiniano (avvenuta nella seconda metà del VI secolo d.C., precisamente nel 528 d.C.) [sulle periodizzazioni del diritto romano cfr. oltre, in questo capitolo, § 5]. Egli, avvalendosi dei più autorevoli professori di diritto, avvocati e funzionari imperiali dell’epoca, realizzò, fra il 528 e il 534 d.C. una imponente raccolta di materiali giuridici romani, la **compilazione giustiniana**, che costituisce la parte preponderante di quello che venne denominato nel medio evo **Corpus iuris civilis** <Corpo del diritto civile>, cioè l’insieme di tutto il diritto [oltre, capitolo secondo, § 14]. Per ora ci si può limitare a osservare che la compilazione giustiniana

comprende: una raccolta di passi escerpiti dalle opere dei giuristi romani scritte dal I secolo a.C. alla metà del III secolo d.C., chiamata *Digesta* <Digesti/Cose ordinate>, vale a dire raccolta di materiale messo in ordine (ma nella lingua italiana si usa più il singolare *Digesto*), o *Pandectae* <Pandette/ Raccolte>, plurale del sostantivo maschile *pandectes* <raccolta>, derivato dal greco; una raccolta di costituzioni imperiali emesse dalla prima metà del II secolo d.C. fino alla sua realizzazione, chiamata *Codex* <Codice>; una esposizione elementare del diritto, denominata *Institutiones* <Istituzioni>, realizzata attingendo in gran parte a opere del medesimo genere scritte da giuristi del II e del III secolo d.C., tra le quali soprattutto le *Institutiones* <Istituzioni> di Gaio [oltre, in questo capitolo, § 3, A]. I contenuti della compilazione giustiniana, compresi quelli delle Istituzioni, costituivano per previsione imperiale diritto vigente, cioè applicabile nei tribunali, ed essa era, pertanto, utilizzata sia nella scuola che nella pratica.

Un posto a parte hanno le *Novellae constitutiones* <Costituzioni nuove>, le quali, essendo costituzioni emanate dallo stesso Giustiniano dopo la redazione della compilazione, non rientravano in essa, ma vennero considerate a partire dal medio-evo parte del *Corpus iuris civilis*.

B) In Oriente, le tre parti della compilazione giustiniana (*Digesto*, *Codice* e *Istituzioni*) e le *Novellae*, raccolte dopo la morte dell'imperatore, continuarono a costituire il diritto vigente e a essere studiate dopo la morte di Giustiniano. Poi, nella seconda metà del IX secolo d.C. traduzioni e riassunti in lingua greca di tale materiale (con prevalenza di quello proveniente dal *Digesto*, dal *Codice* e dalle *Novellae*), risalenti al VI e al VII secolo d.C., furono oggetto di una nuova raccolta, i **Basilici** ('*Basiliká*' <Leggi Imperiali> o *Libri Basilicorum* <Libri (delle leggi) degli imperatori>), compilazione ufficiale in lingua greca [oltre, capitolo secondo, § 14, F]. I manoscritti di tale opera vennero corredati da note di varie tipologie, anch'esse scritte in greco, dette 'scholia' <scolii/commenti>, alcune delle quali risalenti a opere del VI e del VII secolo d.C. elaborate per illustrare e tradurre in greco i passi della compilazione giustiniana.

A proposito del diritto del periodo giustiniano e, in Oriente, del diritto dei secoli successivi, fino alla conquista turca del 1453 d.C. (caduta di Costantinopoli), si parla di **diritto bizantino** (dall'antico nome Bisanzio della capitale Costantinopoli, oggi Istanbul). In realtà, per la sua formazione, il diritto bizantino è una declinazione del diritto romano, caratterizzata dalla formulazione dei contenuti romani in lingua greca. La caduta di Costantinopoli segnò in pratica la fine della vigenza del diritto romano in Oriente, con alcune marginali eccezioni.

In Occidente, invece, nell'alto medio evo, dal VII all'XI secolo, malgrado la compilazione giustiniana fosse stata resa valida nella parte dell'Italia sottratta al dominio gotico con atto autoritativo di Giustiniano su richiesta di papa Vigilio (*pragmatica sanctio pro petitione Vigilii* <prammatica sanzione/ordinanza imperiale per richiesta di Vigilio>, del 554 d.C.), il diritto romano ebbe una vigenza limitata nel tempo, a causa sia delle vicende storiche, sia della mancanza di una preparazione giuridica che consentisse di utilizzarne i materiali, e addirittura il *Digesto* cadde nell'oblio.

Tuttavia, a partire dalla **riscoverta del Digesto**, avvenuta dopo la metà dell'XI secolo per opera di Imerio, maestro della scuola di Bologna, il diritto romano tramandò

dato dalla compilazione giustiniana e le Novelle di Giustiniano, con la denominazione complessiva di *Corpus iuris civilis*, divennero oggetto di studio ininterrotto e fecondo, prima in quella stessa città, poi nelle Università che andavano sorgendo in tutta l'Europa continentale. Nel medio evo, il diritto romano era parte del diritto vigente, essendo applicabile nel Sacro romano impero, che vantava la sua discendenza dall'impero romano, per disciplinare i rapporti interindividuali, e, a fronte dell'esistenza di entità particolari, politiche (regni, singole città) e non politiche (corporazioni), dotate ciascuna di proprie regole giuridiche specifiche (*iura propria* <norme particolari>), costituiva il diritto comune (*ius commune*), momento unificante della molteplicità giuridica. Ma anche al di fuori dell'impero, pur non avendo una formale vigenza, esso costituiva il fondamento dell'insegnamento del diritto e dell'elaborazione dei concetti giuridici, influenzando così il diritto vigente. Ebbe origine, così, la **tradizione romanistica**, espressione con la quale si indica l'insieme di principi, concetti e contenuti normativi elaborati in epoca medievale e moderna in base allo studio dei materiali giuridici romani.

C) Non ci si può soffermare nel dettaglio sulle complesse vicende legate allo studio del diritto romano e alla sua vigenza nell'epoca intermedia e moderna, in cui ha rilevato il mutare delle metodologie in funzione dei contesti culturali caratterizzanti le varie epoche. Va, tuttavia, evidenziato che i due più importanti **codici civili europei**, cioè il Codice civile francese (Code civil français o Code Napoleon), entrato in vigore nel 1804, e il Codice civile tedesco (Bürgerliches Gesetzbuch), entrato in vigore il 1° gennaio 1900, i quali costituiscono il modello per molti altri codici civili europei e non europei (tra questi ultimi vanno ricordati i codici civili dei paesi dell'America latina e il codice civile della Luisiana), furono il risultato di un accurato lavoro di analisi e di sintesi svolto da numerosi giuristi fra il XVII e il XIX secolo sui materiali giuridici romani e soprattutto sul *Corpus iuris civilis* giustiniano.

Per uno dei paradossi di cui è ricca la storia, i codici civili moderni, nel momento stesso in cui privavano il diritto romano della sua vigenza, ne assorbivano in gran parte i contenuti, ancorché mediati attraverso le diverse metodologie degli studiosi alle opere dei quali i codificatori avevano attinto. Pertanto, si può ben dire che i codici civili moderni, compreso quello italiano del 1942, attualmente vigente, risentono fortemente della tradizione giuridica romanistica, pur essendo alle volte penetrati in essi, in misura più esigua, anche contenuti di provenienza diversa (consuetudini locali, principi del diritto canonico e di derivazione germanica e regolamentazioni già contenute in fonti legislative statuali).

2. Il retaggio del diritto romano: contenuti normativi e scienza giuridica

A) Le osservazioni che precedono non hanno come scopo quello di spiegare la ragione dell'identità di alcuni **contenuti normativi** moderni rispetto a quelli romani tramandati nel *Corpus iuris civilis* <Corpo del diritto civile>. Tale identità vi può essere (e spesso vi è) per il rapporto fra i codici moderni e il diritto romano [sopra, in questo

capitolo, § 1] o non essere, come in certi settori sempre più di frequente accade per varie ragioni, tra le quali i mutati contesti politici, economici, sociali e culturali odierni rispetto all'esperienza romana.

Perciò, la constatazione del fatto che una regolamentazione attuale ricalca quella romana o, al contrario, se ne discosta rileva solo in quanto possa costituire lo spunto per l'approfondimento delle relazioni intercorrenti fra la disciplina giuridica e i suoi referenti politici, economici, culturali, sociali, o fra essa e le tecniche attraverso le quali si è pervenuto all'elaborazione di certe soluzioni giuridiche, cioè dal punto di vista dell'analisi delle ricadute dei metodi utilizzati dai giuristi nelle due diverse esperienze (quella romana e quella contemporanea) sulle rispettive regolamentazioni.

B) Per quanto riguarda la continuità fra l'esperienza giuridica romana e quelle contemporanee, è ben più importante osservare che esse sono accomunate dall'esistenza della **scienza giuridica**, che, per la prima volta nella storia, per ragioni ancora oggetto di discussione, si venne a evidenziare proprio nell'antica Roma, rimanendo come costante retaggio nella cultura occidentale. Si può definire scienza giuridica un sistema di conoscenze (appunto una scienza) costruito sulla base delle norme giuridiche vigenti nella società e dei valori a esse sottesi, il quale, da un lato, consente di individuare come i privati (e gli organi pubblici) debbano agire per conseguire conformemente al diritto i risultati pratici che si propongono e, dall'altro, di risolvere le situazioni di conflitto in modo razionale e verificabile, stabilendo in una certa situazione chi abbia ragione e chi abbia torto. Caratteristica dell'esperienza romana, destinata a permanere in quelle successive a essa ispirate, era l'esistenza di persone tecnicamente qualificate e dotate di specifica professionalità, i **giuristi** (*iuris prudentes* <esperti del diritto>, anche detti solo *prudentes* <esperti/giuristi>, nel loro insieme denominati, nel linguaggio romano, *iuris prudentia* <giurisprudenza> e, in quello moderno, dottrina), i quali, in conformità delle norme giuridiche e dei valori che le fondavano, avvalendosi di procedimenti logici, individuavano soluzioni adeguate per dare copertura giuridica alla volontà dei privati e per determinare quale fra gli interessi confliggenti di due o più soggetti dovesse prevalere [oltre, capitolo secondo, § 10].

Attraverso il Digesto, le Istituzioni giustinianee e alcune opere precedenti la compilazione giustiniana, tra le quali le Istituzioni di Gaio [oltre, in questo capitolo, § 3, A] ed altre elaborate con materiali classici [oltre, capitolo secondo, § 13, C], siamo venuti a conoscenza di una parte cospicua delle elaborazioni della scienza giuridica romana. Ma, soprattutto, lo studio ininterrotto che a partire dall'XI secolo fino all'epoca moderna si è svolto sulle dottrine dei *prudentes* <esperti/giuristi> con finalità allo stesso tempo teoriche e pratiche ha influenzato il nostro modo di concepire il diritto.

Poiché oggi, come anche in passato, la legge e gli altri fatti idonei a introdurre norme giuridiche non possono disciplinare ogni situazione possibile e immaginabile e le norme (regole) giuridiche non sempre costituiscono un insieme armonico, essendo influenzate da situazioni contingenti di natura politica, economica, sociale, culturale, in contesti di una certa complessità la scienza giuridica è uno strumento efficace per **colmare le lacune** della regolamentazione e, allo stesso tempo, per **garantire l'unità**,

l'armonia e l'adeguatezza del sistema giuridico alla luce dei valori espressi dalla società e veicolati dal legislatore. Attualmente, ciò vale, del resto, sia all'interno delle singole esperienze nazionali, dove accanto ai codici prolifera una disordinata legislazione speciale, sia al livello del loro comporsi in organismi sovranazionali, come accade, per esempio, nell'Unione europea, dove il comune retaggio rappresentato dalla scienza giuridica di derivazione romana dovrebbe costituire (ma, purtroppo, non sempre costituisce), a fronte della mancanza di un codice e dell'alluvionale susseguirsi di normative specifiche, il principale momento unificante, senza il quale ciascuno parlerebbe, per così dire, una lingua giuridica diversa.

C) Poiché, come si è visto, il diritto romano è stato a lungo oggetto di studio e, nel contempo, diritto vigente nell'epoca intermedia e fino all'entrata in vigore dei codici civili moderni e considerato che esso ha fornito numerosi contenuti di questi ultimi [sopra, in questo capitolo, § 1], molte delle **categorie concettuali** attualmente circolanti nella dottrina giuridica, nei codici e nella prassi contrattuale nazionale e internazionale, le corrispondenti **figure giuridiche** e le rispettive **terminologie**, di cui ampio uso fanno anche gli operatori pratici (avvocati, notai, giudici), sono state elaborate prima delle codificazioni sulla base dello studio dei materiali giuridici romani e, in particolare, dei passi delle opere dei giuristi romani [oltre, in questo capitolo, § 4].

Da questo punto di vista, si pone il problema del rapporto fra le categorie e le figure giuridiche elaborate dalla dottrina moderna, spesso sulla base dei materiali romani, da una parte, e quelle create già dai giuristi romani, dall'altra. Certo, sarebbe falsante e antistorico ritenere che tutte le categorie e le figure giuridiche elaborate dalla dottrina moderna sulla base del materiale romano fossero già state enucleate dai giuristi romani e che la prima le abbia riprese tali e quali dal materiale antico studiato. Infatti, da un lato, le costruzioni moderne sono state elaborate anche su materiali romani di epoca successiva a quella del tramonto della grande giurisprudenza romana, talora influenzati da concezioni giuridiche orientali ed ellenistiche tardivamente penetrate nel diritto romano, e, dall'altro, molte volte, i giuristi delle epoche intermedia e moderna, influenzati da tradizioni giuridiche germaniche, dai diversi orizzonti culturali in cui lavoravano, dai caratteri dei sistemi giuridici di riferimento e dalle esigenze che, di volta in volta, erano chiamati a soddisfare, hanno compiuto notevoli sforzi costruttivi, trovando nel materiale giuridico romano molti o pochi (a seconda dei casi) spunti significativi, ma da sviluppare e organizzare in un diverso sistema.

E anche dove può sembrare che i giuristi moderni si siano limitati a recepire concetti già elaborati dai romani, esistendo una coincidenza fra la terminologia latina e quelle moderne che, nelle lingue neo-latine la traducono, in realtà le cose sono più complesse, in quanto talvolta la coincidenza terminologica costituisce addirittura un elemento sviante, corrispondendo il termine latino e quello che lo traduce a concetti diversi. Tutto ciò non significa che i giuristi romani non abbiano elaborato proprie categorie giuridiche, né che fossero in ciò meno abili dei moderni, essendosi, al contrario, impegnati nel farlo con intensità variabile a seconda delle loro singole personalità e dei metodi di lavoro adoperati e con risultati più o meno soddisfacenti a seconda dei

casi: il fatto è che le loro costruzioni erano molte volte diverse da quelle che sarebbero state poi elaborate dai moderni sulla base dei materiali romani.

D) Alla scienza giuridica romana dobbiamo anche molte **metodologie** adoperate dai giuristi (e dagli operatori pratici del diritto, come i giudici, gli avvocati, i notai) moderni, quali per esempio l'impiego giuridico della **tecnica divisoria**, dal latino *divisio* <divisione in classi>, o diairetica, dal termine greco 'diaíresis' <divisione/dieresi>, che è la tecnica di dividere gli insiemi in classi di minore estensione (*genera* <generi>, *species* <specie>, *partes* <parti>), impiegata sia a fini classificatori, sia per risolvere casi pratici attraverso la rilevazione delle somiglianze e delle differenze, e, più in generale, della **logica**, che è la tecnica dell'argomentazione, utilizzata per fondare le soluzioni giuridiche e per interpretare testi normativi e atti privati.

Queste tecniche operative nacquero al di fuori della scienza del diritto, nell'ambito della riflessione filosofica di ascendenza greca (soprattutto aristotelica e stoica), di cui i singoli giuristi romani avevano una conoscenza di ampiezza e profondità variabile a seconda dei loro interessi, e vennero impiegate, a seconda dei casi con maggiore o minore consapevolezza dei loro presupposti filosofici, nei limiti in cui avevano una utilità sul piano teorico e pratico. Sulle concrete modalità operative di esse nelle epoche intermedia e moderna hanno influito i relativi contesti culturali e le caratteristiche generali dei differenti sistemi giuridici [oltre, in questo §, E].

E) Le considerazioni che precedono, volte a mettere in luce le radici romane del diritto moderno soprattutto sul versante della continuità della scienza giuridica, riguardano le esperienze giuridiche continentali europee contemporanee e quelle a esse ispirate, tutte caratterizzate, a differenza di quella romana, dal primato della legge scritta (anch'esso un concetto moderno), la quale traduce in regole di condotta i valori che si impongono nel giuoco delle forze politiche. In tali esperienze, nelle quali le leggi costituiscono una cornice stringente ineludibile dai giudici, tenuti ad applicarle, il giurista svolge un ruolo fondamentale nel garantire l'unità e l'armonia del sistema. Le esperienze giuridiche moderne contraddistinte da tali caratteri sono definibili **sistemi giuridici chiusi** o, con denominazione inglese, di '**civil law**' <diritto civile>. Nella continuità del ruolo centrale della scienza giuridica dall'antica Roma ai sistemi chiusi continentali si evidenzia, tuttavia, un aspetto di discontinuità, rappresentato dal fatto che i giuristi romani operavano nel quadro di un sistema aperto, nel quale non vi era una cornice legislativa invalicabile, e concorrevano a individuare il diritto applicabile e i valori a esso sottesi [oltre, capitolo secondo, § 10, C].

A tali esperienze giuridiche moderne se ne contrappongono altre, nelle quali, pur essendovi delle leggi, manca una generale cornice legislativa invalicabile: si tratta dei **sistemi giuridici aperti**, tra i quali rientrano quelli inglese e statunitense, riconducibili al '**common law**' <diritto comune>, che pur avendo in comune con l'esperienza giuridica romana la mancanza di una cornice legislativa invalicabile, non hanno subito, se non in certi periodi storici e, comunque, in misura piuttosto modesta, l'influenza del diritto romano. Nell'ambito delle moderne esperienze di '**common law**', a garantire l'unità e l'armonia del sistema sono i giudici, che decidono le controversie uniforman-

dosi ai precedenti (*stare decisis* <attenersi alle decisioni>) e, con le loro pronunzie, danno origine alla dottrina delle corti, non i giuristi, come avveniva a Roma.

Pur appartenendo all'ambito dei sistemi giuridici aperti, in una posizione a parte si collocano le esperienze giuridiche miste, dette '**mixed legal systems**' <sistemi legali misti>, in cui il 'common law' coesiste con l'applicazione dei principi del *Corpus iuris civilis* e di quelli elaborati nel XVII e nel XVIII secolo sulla base del materiale giuridico romano (come avviene, per esempio, in Sud Africa e in Scozia).

3. Le istituzioni di diritto romano

A) Il corso di **Istituzioni di diritto romano** riguarda il diritto privato e il processo civile romani, secondo un modello che risale, nelle linee generali, ai giuristi dell'antica Roma.

Si deve premettere che nell'antichità greca e romana erano diffuse trattazioni elementari, chiamate in greco 'τέχνη' <arti> ed 'ἐνχειρίδια' <>manuali> e in latino *artes* <arti/trattati> o *institutiones* <istituzioni> o, al singolare, *institutio* <istituzione> che introducevano allo studio di determinate materie o settori della scienza.

Numerosi giuristi romani furono autori di *institutiones* <istituzioni> aventi per oggetto la materia giuridica (Fiorentino, Gaio, Ulpiano, Paolo, Callistrato, Marciano) e tra queste particolare importanza rivestono le **Gai Institutiones** <Istituzioni di Gaio>, risalenti alla seconda metà del II secolo d.C., in quanto si tratta dell'unica opera di un giurista romano pervenutaci quasi completa al di fuori della compilazione giustiniana. Le Istituzioni gaiane, per ragioni ancora discusse, rispecchiano il diritto di qualche decennio prima dell'epoca alla quale risalgono.

In tale opera, che consta di quattro commentari (*commentarii*) e quasi certamente non ha subito significative modifiche successive, è esposta in forma elementare la materia del diritto privato e del processo civile. Dopo una breve parte introduttiva che apre il primo commentario, contenente anche una essenziale trattazione delle fonti del diritto, cioè dei fatti che danno origine alle norme giuridiche, la materia è divisa in tre parti, relative, rispettivamente, al diritto che attiene alle persone (*ius quod ad personas pertinet*, nel primo commentario), al diritto che attiene alle cose (*ius quod ad res pertinet*, nel secondo e nel terzo commentario), comprendente diritti reali, successioni e obbligazioni, e al diritto che attiene alle azioni (*ius quod ad actiones pertinet*, nel quarto commentario). Caratteristica dell'opera è l'utilizzazione del **procedimento divisorio o diairetico** (*divisio*, 'diairesis' <divisione>), cioè della divisione degli insiemi in classi, attraverso il quale la materia è esposta in maniera schematica, chiara e comprensibile [sopra, in questo capitolo, § 2, D]. Da tale caratteristica, che ne rese i contenuti agevolmente fruibili anche una volta venuta meno la grande giurisprudenza classica, dipende il successo che le *Institutiones* gaiane ebbero dopo la morte del suo autore, tanto da servire nel VI secolo d.C. come modello delle *Institutiones* imperiali di Giustiniano.

Sebbene nelle *Institutiones* di Marciano, risalenti al III secolo d.C., vi sia anche una parte dedicata allo studio del diritto pubblico, riguardante leggi (*leges*) e processi criminali (*iudicia publica* <processi pubblici>), e le *Institutiones* di Giustiniano si con-

cludano con una brevissima parte relativa ai processi criminali, dichiaratamente inserita perché fosse possibile averne un'idea superficiale e meramente indicativa, le *institutiones* erano di regola dedicate esclusivamente o in assoluta prevalenza all'**esposizione del diritto privato e del processo civile**. Del resto, i giuristi romani, pur occupandosi in una qualche misura anche del diritto pubblico e del diritto e del processo criminale, approfondirono soprattutto tematiche relative al diritto privato. Alcune materie connesse alla sfera pubblicistica furono studiate in quanto ancillari rispetto al diritto privato, come quella relativa ai fatti creativi di norme giuridiche (fonti del diritto), ai quali concorrevano in alcuni casi pure organi costituzionali [oltre, capitolo secondo, §§ 3-12], o in quanto contigue al diritto privato e al processo civile, come avvenne per i profili finanziari dell'amministrazione pubblica (diritto fiscale), caratterizzati da una natura patrimoniale che li avvicinava a tematiche privatistiche [oltre, capitolo terzo, § 32, C].

B) Anche nel diritto intermedio e in epoca moderna la grande tradizione del diritto romano, oggetto di studio e di applicazione pratica, venne identificata soprattutto con il diritto privato e le *Institutiones* (ormai quelle di Giustiniano) continuarono a svolgere una funzione introduttiva allo studio di esso, analoga a quella oggi svolta per gli studenti del primo anno di corso dalle Istituzioni di diritto privato. Quando, poi, a seguito dell'entrata in vigore dei codici civili, il diritto romano, avendo perso la sua vigenza, divenne oggetto di studio storico, le Istituzioni di diritto romano continuarono a seguire in linea di massima il modello di quelle gaiane, pur con varianti legate alla formazione e alla sensibilità dei singoli autori, alcune delle quali relative all'ordine delle materie e altre influenzate dalla tradizione romanistica e, in particolare, dagli approfondimenti della Pandettistica [sopra, in questo capitolo, § 1, B e C]. Ancora oggi, di solito, nei manuali, dopo una parte introduttiva più o meno sintetica dedicata allo studio delle fonti del diritto e alle partizioni del diritto oggettivo, viene trattato l'intero sistema del diritto privato romano, comprensivo del processo civile, variamente articolato al suo interno.

Analoga struttura, del resto, salva l'estromissione del diritto processuale civile, oggetto di un apposito corso, è nella sostanza conservata nelle Istituzioni di diritto privato, che introducono allo studio del diritto privato vigente.

4. *Aspetti metodologici*

A) A partire dall'entrata in vigore dei codici civili, il diritto romano, avendo cessato di essere diritto vigente, cioè applicabile nel presente [sopra, in questo capitolo, § 1, C], è divenuto oggetto di uno **studio storico**, concernente un periodo di oltre tredici secoli (dalla fondazione di Roma alla morte di Giustiniano: VIII secolo a.C.-VI secolo d.C.), durante i quali molteplici e rilevanti furono gli sviluppi e i cambiamenti. Lo storico del diritto romano, anche detto, nel linguaggio corrente nel settore, romanista (ma, essendo romanisti tutti coloro che si occupano di storia e antichità romane, sarebbe più corretto chiamarlo giusromanista), ha come compito prevalente quello della **ricostru-**

zione del diritto vigente nei periodi studiati. Per fare ciò occorre tenere conto, oltre che dei contenuti normativi, delle notizie riguardanti la riflessione teorica e il lavoro pratico dei giuristi, la prassi negoziale, ossia relativa agli atti giuridici con i quali i privati regolavano i propri interessi [per le nozioni di atto giuridico e negozio giuridico, cfr. oltre, capitolo quarto, §§ 1 e 2], e quella giudiziaria.

La ricostruzione di tali aspetti avviene attraverso le **fonti di cognizione** (cioè di conoscenza) del diritto, da tenere distinte dalle fonti di produzione del diritto, che danno origine alle norme giuridiche [oltre, capitolo secondo, §§ 3-12]. Tra le fonti di cognizione del diritto romano hanno un ruolo preponderante le fonti giuridiche: il *Corpus iuris civilis* <Corpo del diritto civile> [sopra, in questo capitolo, § 1], le opere giuridiche dell'epoca compresa fra il II e il V secolo d.C. giunte fino a noi interamente o in parte, tra le quali le *Institutiones* <Istituzioni> di Gaio [sopra, in questo capitolo, § 3, A] e alcune raccolte di materiali giuridici [oltre, capitolo secondo, § 13, C], cui vanno aggiunte le raccolte di costituzioni imperiali pregiustiniane, tra le quali il *Codex Theodosianus* <Codice Teodosiano> [oltre, capitolo secondo, § 13, D]. Vi sono, poi, le fonti letterarie: alcune notizie circa il diritto romano delle varie epoche sono ricavabili da opere letterarie di argomento non giuridico, come, per esempio, quelle degli annalisti (che elencavano gli eventi anno per anno) e degli storici, degli eruditi, degli oratori, dei grammatici, degli *agrimensores* <agrimensori> (esperti nella misurazione dei terreni, anche detti *gromatici* <gromatici>, in quanto usavano la *groma* <groma>, uno strumento per determinare i confini dei terreni), degli scrittori cristiani. Di una certa importanza sono anche le risultanze archeologiche, epigrafiche (tra le quali sono convenzionalmente fatte rientrare le tavolette in cui erano scritti gli atti privati), numismatiche.

B) Inoltre, lo storico del diritto non può esimersi dal porre in relazione il diritto vigente nell'epoca studiata con il più ampio quadro della società in cui quel diritto è sorto e si è sviluppato, dovendo procedere alla **contestualizzazione dell'esperienza giuridica** nella cornice di quella politica, sociale, economica e culturale. I fenomeni giuridici, infatti, si comprendono appieno soltanto collocandoli nell'ambito delle strutture sociali ed economiche e dei relativi rapporti e tenendo conto della politica, delle ideologie dominanti, della cultura e del complesso di conoscenze esistenti. Tuttavia, va precisato che le norme giuridiche non costituiscono il risultato meccanico delle forze che agiscono nella società e degli equilibri che la caratterizzano, essendo, a seconda dei casi, create o individuate da soggetti qualificati e, il più delle volte, attraverso procedimenti predeterminati, sebbene i soggetti e i procedimenti coinvolti subiscano l'influenza degli assetti sociali, economici e culturali [sulle fonti di produzione del diritto, cfr. oltre, capitolo secondo, §§ 3-12].

La rilevata differenza di piani fra la dimensione sociale e quella giuridica si coglie anche, a un livello più complesso, nella dialettica fra la prima e le costruzioni concettuali elaborate dalla scienza giuridica romana, le quali, essendo dotate di una vita propria e riflettendosi sul piano della concreta regolamentazione, tendevano a resistere per lungo tempo alle modificazioni sociali. Così, spesso una figura giuridica individuata in un periodo caratterizzato da un particolare contesto sociale con una determi-

nata funzione è sopravvissuta ai mutamenti della società, magari svolgendo nel nuovo quadro una funzione diversa.

C) V'è, poi, il problema delle **categorie** utilizzabili nello studio del diritto romano e nella esposizione di esso. A partire dalla prima metà del Novecento, è stato discusso nella dottrina giusromanistica se lo storico del diritto si possa avvalere, nello studio del diritto romano e nell'esposizione della materia, delle categorie concettuali moderne oppure debba utilizzare quelle, spesso diverse, elaborate dai giuristi romani. Malgrado quest'ultima opzione possa sembrare più corretta dal punto di vista scientifico in quanto elimina a monte il rischio di sovrapporre il nostro modo di vedere alle concezioni romane, ove si rinunziasse a usare le categorie concettuali moderne, verrebbe meno la possibilità di tracciare quelle relazioni fra l'esperienza romana e le esperienze moderne che agevolano la comprensione di queste ultime giustificando lo studio delle Istituzioni di diritto romano o tale operazione di confronto sarebbe molto più complessa. Pertanto, è più vantaggioso che lo storico del diritto romano esamini la materia studiata attraverso la lente costituita dalle categorie moderne. Queste ultime costituendo strumento di analisi e organizzazione della materia, possono essere definite **categorie descrittive**, mentre quelle elaborate dai giuristi romani sono oggetto di studio, allo stesso modo della regolamentazione, in quanto hanno inciso sull'individuazione del diritto applicabile nell'antica Roma e, quindi, possono essere definite **categorie dogmatiche o normative**. Tale distinzione evidenzia come, da un lato, sia fondamentale chiarire di volta in volta se le categorie concettuali cui è fatto riferimento siano quelle descrittive (moderne) oppure quelle dogmatiche o normative (antiche) e, dall'altro, si debbano adeguare le categorie descrittive alla particolare realtà studiata allo scopo di evitare che esse siano falsanti rispetto a essa.

5. *Periodizzazioni*

A) La riscontrata esigenza di individuare il diritto vigente nelle varie epoche nelle quali si svolge l'esperienza romana e di porlo in relazione con le rispettive strutture socio-economiche e politiche [sopra, in questo capitolo § 4, B] rende necessario tracciare alcune **periodizzazioni**, ossia griglie cronologiche di riferimento, cioè divisioni in periodi (o, si può anche dire, epoche), da applicare allo studio delle varie materie trattate e delle singole figure giuridiche, le cui vicende vanno esposte tenendo conto delle diverse fasi nelle quali si articola la loro esistenza.

B) Fondamentale è la **periodizzazione del diritto privato romano**, la quale, dato che il diritto privato ha uno stretto collegamento con le strutture socio-economiche, va articolata in base a tali strutture e alle loro modificazioni nel tempo, cui corrispondono le cesure fra un periodo e l'altro. Una prima fase è rappresentata dal **periodo arcaico**, che si estende dalla fondazione della *civitas*, risalente alla metà dell'VIII secolo a.C., alla fine del IV secolo a.C. Pur trattandosi di un periodo assai lungo, in cui non si può pensare che le strutture della società e dell'economia siano rimaste del tutto invariate dall'inizio alla fine, è possibile individuarne alcuni tratti unitari. Esso è caratterizzato

da una struttura socio-economica su base patriarcale, incentrata sui poteri quasi illimitati del *paterfamilias* <padre di famiglia/capofamiglia>, il quale, non essendo sottoposto a poteri altrui, nell'ambito del gruppo parentale denominato *familia proprio iure* <famiglia secondo diritto proprio>, esercitava la *patria potestas* <patria potestà> sui propri *filiifamilias* <figli di famiglia/in potestà>, sui loro discendenti in linea maschile, maschi e femmine, sulle proprie *filiaefamilias* <figlie di famiglia/in potestà>, sulle mogli dei figli e dei discendenti in potestà [oltre, capitolo terzo, §§ 14-18; § 24, B]. Egli esercitava anche la *manus* <mano>, potere maritale sulla propria moglie (che solo in seguito poté essere esercitato per scopi specifici e per brevissimi periodi su altre donne), in un primo momento sempre, essendo in origine effetto indefettibile del matrimonio, poi solo quando avesse acquistato tale potere e non lo avesse perso [oltre, capitolo terzo, § 19], nonché la *dominica potestas* <potestà dominicale/proprietà> sui propri *servi* <schiavi> [oltre, capitolo terzo, §§ 3-7] e, a partire da un certo momento, anche poteri diversi su persone che, per varie cause, si venivano a trovare presso di lui in condizione paraservile, cioè di minorazione giuridica o di fatto della libertà personale [oltre, capitolo terzo, § 9, B e C].

Il *paterfamilias*, unica persona idonea, sul piano del diritto privato, a essere titolare di diritti e di doveri e a porre in essere atti giuridicamente vincolanti, partecipava allo svolgimento delle attività produttive pastorali, agricole e artigianali e, nel contempo, coordinava nello svolgimento di esse le persone soggette alla sua *patria potestas*, alla *manus* e agli altri suoi poteri, compresi i *servi*, i quali, di numero ancora esiguo e di cultura affine a quella del proprietario (laziale o italica), venivano trattati in modo non molto dissimile dai *filiifamilias*.

Nell'economia del periodo arcaico dovevano assumere una certa rilevanza anche organismi pseudo-parentali più estesi della *familia proprio iure*, i quali in origine dispiegavano un ruolo nelle attività produttive pastorali e agricole, cioè le *gentes* <genti/casati>, basate sulla discendenza presunta in linea maschile da un comune capostipite, titolari della proprietà (detta perciò gentilizia) di ampi appezzamenti di terreno concessi a pascolo o in coltivazione ai *patresfamilias* <padri di famiglia/capifamiglia> che a esse appartenevano insieme agli altri componenti della famiglia [oltre, capitolo terzo, § 24, D]. Inoltre, incideva verisimilmente anche sul versante economico l'esistenza di rapporti fiduciari di *clientela* <clientela>, nei quali un *cliens* <cliente> o un gruppo di *clientes* <clienti> si poneva sotto la protezione di un *paterfamilias* di condizione sociale più elevata, appartenente a una *gens*, potendosi quest'ultimo, detto *patronus* <patrono>, avvalere della forza-lavoro del *cliens* o del gruppo di *clientes* [cfr. oltre, capitolo terzo, § 9, C].

Le attività produttive erano in origine destinate in prevalenza a soddisfarne i bisogni del nucleo familiare, ma, a un certo punto, i beni prodotti in misura superiore al fabbisogno cominciarono a essere immessi sul mercato, dapprima con il sistema del baratto (scambio di cosa contro cosa), poi, verisimilmente all'epoca della monarchia etrusca, anche dietro corrispettivo in *aes rude* <bronzo non coniato> e in seguito in *aes signatum* <bronzo stampigliato>, costituenti le più antiche forme di moneta.

Secondo quanto convenzionalmente si afferma in dottrina, agli inizi del III secolo a.C. ebbe inizio il **periodo preclassico**, che si protrasse fino alla fine dell'epoca re-

pubblicana (27 a.C., anno nel quale venne instaurato il principato di Augusto). Esso è caratterizzato dall'affermarsi del modo di produzione schiavistico, connesso alle conquiste militari, che portarono a un aumento esponenziale del numero degli schiavi (soprattutto appartenenti alle popolazioni sottomesse ridotti in schiavitù e discendenti di essi), utilizzati, oltre che nella pastorizia, per lo sfruttamento agricolo del territorio e nelle attività artigianali e commerciali. La loro condizione si venne, in linea di massima, differenziando da quella delle persone sottoposte alla *patria potestas* <patria potestà> e alla *manus* <mano> (potere maritale), nel segno di un complessivo peggioramento, specialmente per gli schiavi addetti alla lavorazione della terra, che spesso ormai non avevano alcuna durevole consuetudine con il loro *dominus* <proprietario> e molte volte neppure alcuna comunanza culturale con il medesimo, data la provenienza geografica da territori sempre più lontani da quelli laziale ed italico. Dal punto di vista economico, si evidenziò un notevole dinamismo: parallelamente al conseguimento dell'egemonia sul Mediterraneo da parte di Roma, si diffuse il commercio dei prodotti sul territorio italico e nei mercati extraitalici, essendo sempre più frequenti anche le esportazioni e le importazioni transmarine.

Con analoghi caratteri dal punto di vista socio-economico si presenta il **periodo classico**, il quale, aprendosi con il passaggio dalla repubblica al principato (27 a.C.), si concluse verso la metà del III secolo d.C., quando per l'economia romana già si evidenziavano i sintomi di una fase di crisi e cessò l'espansione dell'impero, con la conseguente lenta, ma inesorabile, decadenza del modo di produzione schiavistico. La qualifica di periodo classico si spiega con il fatto che l'esperienza giuridica romana dell'epoca è caratterizzata da una scienza del diritto svincolata dal fattore religioso, anche se in realtà tale fenomeno è riscontrabile fin dal III secolo a.C. [oltre, capitolo secondo, § 10, C e D].

Vi fu, in seguito, un'età di transizione, il **periodo epiclassico**, che durò circa un cinquantennio, terminando con l'abdicazione di Diocleziano (305 d.C.). Malgrado una parte della dottrina lo comprenda nel periodo classico accentuando alcuni profili di continuità rispetto a quest'ultimo e le differenze dal successivo periodo dal punto di vista della produzione delle norme giuridiche, esso presenta già in parte le strutture socio-economiche del periodo successivo e sul versante delle caratteristiche dell'esperienza giuridica coeva è da segnalare la scomparsa della figura del giurista come si era evidenziata nei periodi preclassico e classico [oltre, capitolo secondo, § 10, F].

Nel IV secolo d.C., a partire dalla presa di potere dell'imperatore Costantino (312 d.C.), ha origine il **periodo postclassico o tardo antico**, caratterizzato da una gravissima crisi economica e sociale, dal progressivo indebolimento delle strutture territoriali dell'impero, che porta alla caduta dell'impero romano d'Occidente (475 d.C.), e dalla diffusione del Cristianesimo, divenuto religione di stato nel 380 d.C. Dal punto di vista economico, a parte la contrazione dei commerci, si assiste a uno sfruttamento del territorio estensivo e di bassa redditività, al ridimensionamento della mano d'opera servile e alla diffusione di forme di dipendenza diverse dalla schiavitù, come il colonato [oltre, capitolo terzo, § 9, D], tutti caratteri che preludono alle strutture economiche dell'alto medio evo.

Nell'ambito di tale periodo si fa rientrare anche l'epoca dell'imperatore Giustiniano

(527-565 d.C.), ma a quest'ultimo proposito è preferibile parlare di **periodo giustiniano**, trattandosi di un'età che ha propri specifici caratteri, se non altro per la realizzazione della compilazione e per l'intensa attività legislativa svolta dall'imperatore.

C) Per quanto concerne alcuni aspetti particolari che saranno esaminati in questo manuale, come quelli relativi ad alcuni dei procedimenti di formazione delle norme giuridiche, che chiamiamo fonti di produzione del diritto, in cui erano talora coinvolti organi costituzionali [oltre, capitolo secondo, §§ 3-14], rileva una diversa periodizzazione, utilizzata sul versante dello studio del diritto pubblico romano, oggetto del corso di Storia del diritto romano, nella quale assumono un ruolo fondamentale le diverse forme di governo succedutesi nell'esperienza romana. Si tratta della **periodizzazione delle forme costituzionali**, articolata in: **periodo monarchico** (dalla fondazione della *civitas* <città-stato> alla fine del VI secolo a.C., epoca nella quale fu deposto l'ultimo re di Roma, Tarquinio il Superbo), **periodo repubblicano** (dalla caduta della monarchia alla fine della repubblica, nel 27 a.C.), **periodo del principato** (dalla fine della repubblica alla seconda metà del III secolo d.C.) e **periodo del dominio o dell'impero assoluto** (dall'ascesa al trono dell'imperatore Diocleziano, cioè dal 284 d.C. in poi).

6. Funzioni dello studio del diritto romano

A) Lo studio del diritto romano adempie oggi a varie funzioni. Poiché il diritto privato contemporaneo si è formato sulla base dello studio del diritto privato romano e, soprattutto, delle soluzioni giuridiche tramandate dal *Corpus iuris civilis* <Corpo del diritto civile> [sopra, in questo capitolo, § 1], lo studio del diritto privato romano svolge una **funzione propedeutica** insostituibile allo studio delle Istituzioni di diritto privato. In particolare, molte delle categorie concettuali, delle figure e delle terminologie che caratterizzano quest'ultimo sono state elaborate sulla base di materiali romani e, quindi, possono essere meglio comprese attraverso la conoscenza di essi.

B) Inoltre, l'esperienza giuridica romana insegna ai moderni il fondamentale **ruolo della scienza giuridica** [sopra, in questo capitolo, § 2, B], consistente nel sottrarre la decisione delle controversie e, in generale, la soluzione dei problemi giuridici all'arbitrio del potere politico e dei giudici (funzione di garanzia), nel colmare le lacune del sistema, cioè nell'individuare la norma applicabile in assenza di specifiche disposizioni riguardanti i casi di volta in volta considerati (funzione di completamento) e nel ricondurre ad armonia le diverse norme esistenti, attualmente appartenenti ai sistemi giuridici nazionali e sovranazionali (funzione di armonizzazione).

Si tratta di un compito che presuppone l'individuazione di categorie giuridiche unitarie a livello nazionale e sovranazionale e che è agevolato quando sia possibile ricondurre le singole norme nazionali (dei codici e delle leggi speciali) e comunitarie alle categorie di derivazione romanistica. Tuttavia, anche quando, non essendo possibile utilizzare categorie ordinanti preesistenti, ne debbano essere create di nuove, è opportuno individuare queste ultime in base a un confronto con quelle della tradizione giuridica

ca comune risalente al diritto romano, per rendersi conto dell'impatto delle innovazioni legislative sul piano dei principi.

Considerato, poi, che la moderna scienza del diritto discende da quella romana, i modelli di ragionamento utilizzati dai giuristi romani per individuare soluzioni pratiche sono di ausilio per la comprensione delle tecniche dell'argomentazione giuridica.

C) Infine, nelle esperienze formatesi sulla tradizione romanistica, proprio per il loro legame con l'esperienza giuridica romana, al diritto romano può essere riconosciuta una residuale **operatività concreta**, sia come criterio di scelta fra più interpretazioni di una disposizione legislativa possibili alla luce dei principi generali, sia come parametro di individuazione di una regola di condotta negli ambiti non disciplinati in modo espresso dai codici e dalle leggi speciali. In tali connessioni, il diritto romano opera come principio generale inespresso e ciò è possibile in quanto non vi è alcuna disposizione legislativa che abbia statuito espressamente l'abrogazione del diritto romano, visto nel suo complesso. Tale operatività concreta del diritto romano, troppo spesso ignorata dai cultori del diritto positivo, trova, del resto, la sua giustificazione normativa nell'art. 12, comma 2, disp. prel. cod. civ., secondo il quale, se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe e, se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Come si legge nella Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile del 1942, in tale disposizione, il termine «ordinamento» è comprensivo, tra l'altro, «della tradizione scientifica nazionale (diritto romano, comune, ecc.)».

Capitolo Secondo

Diritto oggettivo e diritto soggettivo

SOMMARIO. *Sezione prima*: Il diritto oggettivo e le norme. – 1. Diritto oggettivo e norma giuridica. – 2. Norme giuridiche, norme morali, norme a rilevanza esclusivamente sociale, norme religiose. – *Sezione seconda*: L'ordinamento giuridico e le fonti del diritto. – 3. Nozione di ordinamento giuridico e fonti del diritto. – 4. Le fonti del diritto nel periodo monarchico e nella prima fase del periodo repubblicano: *mores* <costumi>, *leges regiae* <leggi regie>, prime leggi comiziali. – 5. La legge delle dodici tavole: un codice con caratteri particolari. – 6. Leggi e plebisciti: le norme introdotte dalla *voluntas populi* <volontà del popolo>. – 7. Il *senatusconsultum* <senatoconsulto> e l'*oratio principis* <orazione del principe/dell'imperatore>. – 8. Le costituzioni imperiali. – 9. Gli editti dei magistrati. – 10. *Responsa* <risposi> o *auctoritas prudentium* <autorità/parere autorevole degli esperti/dei giuristi>. – 11. La consuetudine tardo classica. – 12. Quadro di sintesi relativo alle fonti del diritto dei periodi preclassico e classico. – 13. Le fonti del diritto nel periodo epiclassico e nel periodo postclassico. – 14. Le fonti del diritto in epoca giustiniana. – 15. I contenuti della compilazione giustiniana e lo studio storico del diritto romano. – *Sezione terza*: Partizioni del diritto oggettivo. – 16. Aspetti generali. *Ius civile* <diritto civile>, *ius gentium* <diritto delle genti/dei popoli>, *ius naturale* <diritto naturale>. – 17. *Ius ex scripto* <diritto (che risulta) da ciò che è scritto>, *ius sine scripto* <diritto (che risulta) senza lo scritto> o *ex non scripto* <da ciò che non è scritto>. *Lex* <legge> e *ius* <diritto>. – 18. *Ius civile* <diritto civile>, *ius praetorium* <diritto pretorio> o *honorarium* <onorario>, *ius extraordinarium* <diritto straordinario>. – 19. *Ius publicum* <diritto pubblico>, *ius privatum* <diritto privato>. *Ius humanum* <diritto umano>, *ius sacrum* <diritto sacro> o *divinum* <divino>. – 20. *Ius commune* <diritto comune>, *ius singulare* <diritto singolare>. *Privilegium* <trattamento differenziato per una singola persona>, *praerogativa* <prerogativa>. – *Sezione quarta*: Diritto soggettivo e potere. – 21. Il concetto moderno di diritto soggettivo e il diritto in senso soggettivo nell'esperienza romana. – 22. Il potere.

Sezione prima

Il diritto oggettivo e le norme

1. *Diritto oggettivo e norma giuridica*

A) Il **diritto oggettivo** è l'insieme delle norme giuridiche vigenti in un determinato contesto sociale e caratterizza ogni società che abbia raggiunto un certo grado di sviluppo. Si può dire, pertanto, che ovunque vi sia una società v'è anche il diritto: *ubi societas ibi ius* <dove è una società, là è il diritto>. A Roma, il diritto oggettivo era definito *ius* <diritto>, senza aggettivazione o, quando si intendevano definire le parti da cui era composto, accompagnato da un aggettivo [oltre, in questo capitolo, §§ 16 e seguenti].

Con una definizione generale moderna, suscettibile di precisazioni, si può dire che la **norma giuridica** è un comando generale e astratto che ha la funzione, diretta o indiretta, di risolvere conflitti di interessi. Essa, dal punto di vista logico, è sempre un discorso ipotetico, espresso o implicito: se A (protasi), allora X (apodosi), dove A è la descrizione di un fatto tipico, in presenza del quale essa è applicabile, che costituisce la fattispecie astratta, e X la previsione di effetti giuridici per il caso che tale fattispecie sia integrata.

B) **Funzione della norma giuridica** è, dunque, quella di risolvere conflitti di interessi tra persone, in modo diretto o indiretto. Risolvono direttamente conflitti di interessi le **norme di relazione** (anche definite di comportamento o di condotta), le quali a tale scopo attribuiscono a una persona (soggetto attivo) un potere, denominato dai giuristi moderni diritto soggettivo, cui corrisponde un dovere di condotta, cioè di comportamento, di un'altra persona o di ogni altra persona (soggetto passivo) [oltre, in questo capitolo, § 21, B]. Per esempio, il creditore ha il diritto di esigere dal debitore l'adempimento di una prestazione e quest'ultimo la deve adempiere al primo [oltre, in questo capitolo, § 21, B; capitolo settimo, § 1, A]. Il proprietario di una cosa ha il diritto di ottenere che nessuno interferisca nella sua relazione con essa e ogni altro soggetto deve astenersi da qualsiasi comportamento che leda la suddetta relazione [oltre, in questo capitolo, § 21, B; capitolo sesto, § 1, A].

Risolvono solo indirettamente conflitti di interessi le **norme di qualificazione** (anche dette di organizzazione), che attribuiscono una qualifica a una persona, a una cosa o a una situazione di fatto, dalla quale discendono conseguenze sul piano giuridico. Per esempio, nel diritto romano, Stico, se nasceva da madre schiava, era uno schiavo [oltre, capitolo terzo, § 6, B].

Risolvono indirettamente conflitti di interessi anche le **norme tecniche**, nelle quali è previsto che per raggiungere un certo scopo si debba tenere un determinato compor-

tamento, cioè, nel linguaggio giuridico, adempiere un onere. Solo comportandosi in quel modo la persona raggiungerà lo scopo che si prefigge: così, talora, affinché si producano certi effetti giuridici voluti, è necessario porre in essere un atto in una determinata forma o entro un termine e altrimenti lo scopo non viene conseguito.

C) La **struttura della norma giuridica** è sempre quella di un **comando generale e astratto**. Da tale definizione si ricavano i caratteri indefettibili della norma giuridica: la generalità, l'astrattezza e la coercibilità o coattività, implicite nella nozione di comando. La **generalità** esprime il fatto che norma è rivolta a un insieme indefinito di soggetti, individuabili in base a determinati presupposti stabiliti dalla norma stessa (non essendo la sua formulazione riferita, quindi, a soggetti specifici: Tizio o Caio). L'**astrattezza** indica che la norma è applicabile quando è integrato il fatto tipico che essa descrive, denominato fattispecie astratta [sopra, in questo §, A] (non un determinato fatto storico realmente accaduto).

Inoltre, poiché la norma è un comando, non ci si può sottrarre impunemente all'osservanza di essa e, dunque, è coesistente alla norma giuridica la **coercibilità o coattività**. Nelle norme di relazione [sopra, in questo §, B], la coercibilità è assicurata attraverso la previsione di una **sanzione**, che consiste in un pregiudizio inflitto dagli organi della comunità (o almeno con la loro assistenza) ai danni di chi, tenuto a osservare la norma e, cioè, ad ubbidire al comando che essa pone, non l'abbia osservata: da tale prospettiva si usa affermare che la norma giuridica è coattiva, cioè che la sua osservanza può essere imposta dalla comunità con la forza. Il male in cui la sanzione consiste può colpire, a seconda di quello che la norma stabilisce, la persona o il patrimonio del trasgressore ed essa può essere diretta o indiretta. La **sanzione diretta** è volta a ripristinare o a soddisfare l'interesse leso a seguito della violazione del comando e può essere in forma specifica o per equivalente: con la sanzione diretta **in forma specifica**, che può costituire la conseguenza della lesione di interessi patrimoniali o non patrimoniali, si ripristina in natura la situazione esistente prima della violazione della norma o si realizzano gli effetti previsti dalle parti di un contratto e non attuati volontariamente. Essa era molto rara nel diritto romano, dove ebbe una qualche diffusione solo a partire dal periodo postclassico, in quanto in precedenza la sentenza di condanna poteva avere per oggetto solo una somma di denaro. Nel caso della sanzione diretta **per equivalente**, che può conseguire solo alla lesione di interessi patrimoniali ed era il tipo normale di sanzione diretta nel diritto romano [oltre, capitolo quinto, § 14, E], il soggetto che ha violato la norma è tenuto a corrispondere al soggetto leso dalla violazione di essa una somma pari al valore dell'interesse leso, cioè l'equivalente pecuniario, allo scopo di ripristinare tale interesse o di soddisfarlo: per esempio, chi non ha adempiuto all'obbligo assunto con un contratto è condannato al risarcimento del danno. Invece, la **sanzione indiretta**, che prescinde dallo scopo di ripristinare l'interesse leso o di soddisfarlo, consiste in una pena comminata a chi abbia violato la norma ed era prevista, nel diritto romano, per gli atti illeciti: tale pena (*poena*) poteva colpire la persona dell'offensore (incidendo sulla sua sopravvivenza, sulla sua integrità fisica o sulla sua condizione personale) o il suo patrimonio, avendo in quest'ultimo caso per oggetto una somma di denaro [oltre, capitolo settimo, § 21, B].

Nelle norme di qualificazione [sopra, in questo §, B] la sanzione che assicura la coercibilità della norma consiste nella irretrattabilità e definitività della qualificazione attribuita. Infine, nelle norme tecniche [sopra, in questo §, B], la sanzione per la mancata osservanza della condotta richiesta dalla norma, cioè per l'inadempimento dell'onere, consiste nell'impossibilità di raggiungere lo scopo prefissato.

Quanto osservato in merito alla struttura della norma giuridica vale in linea di massima anche per l'esperienza giuridica romana, ma va segnalato che, almeno in un caso, quello delle *leges imperfectae* <leggi imperfette> [oltre, in questo capitolo, § 6, C], risulta essere stato considerato come norma giuridica anche un comando generale e astratto non coercibile, cioè privo di sanzione, essendo probabilmente decisiva l'introduzione di esso per legge, cioè da parte di un organo assembleare dello stato competente all'emanazione di norme giuridiche nel rispetto del relativo procedimento.

D) Dal punto di vista terminologico, va precisato che la norma giuridica può essere sancita da una struttura unitaria di discorso, chiamata disposizione, oppure è ricavabile da più disposizioni attraverso il coordinamento di esse. Inoltre, la norma giuridica non coincide con la legge, la quale è solo uno dei fatti che possono creare norme giuridiche e può contenere una o, più frequentemente, varie disposizioni espressive di una o più norme giuridiche. Di solito, la legge è divisa in articoli (in latino *capita*, singolare *caput*), che contengono le disposizioni, e questi, oggi, possono essere divisi in commi. Il codice in senso moderno è una legge che disciplina una intera branca del diritto, formata, di solito, nel diritto moderno, da molti articoli, che possono essere raggruppati in libri, titoli, capi, sezioni, come avviene nel codice civile vigente.

2. *Norme giuridiche, norme morali, norme a rilevanza esclusivamente sociale, norme religiose*

A) Le norme giuridiche appartengono al più ampio insieme delle norme o regole di condotta, che comprende anche norme o regole di altra natura (moralì, sociali, religiose) e, pertanto, si deve affrontare il problema dei caratteri che distinguono le norme giuridiche rispetto alle altre norme.

B) La funzione della norma giuridica la distingue dalla **norma morale**. Mentre la norma giuridica serve a risolvere direttamente o indirettamente un conflitto di interessi intersoggettivo stabilendo a favore di un soggetto un potere e a carico di un altro un corrispondente dovere o attribuendo una certa qualifica a una persona, a una cosa, a una situazione o fissando i presupposti per raggiungere un determinato risultato [sopra, in questo capitolo, § 1, B], la norma morale si limita a valutare in senso positivo o negativo (secondo la contrapposizione valore/disvalore) una condotta individuale, in sé considerata o tenuta in relazione ad altri, alla luce di un sistema di valori, non risolvendo alcun conflitto di interessi. Di solito, la norma morale si differenzia da quella giuridica anche sul piano della struttura, in quanto, mentre quest'ultima è coercibile, cioè caratterizzata da una sanzione per il caso di inosservanza [so-

pra, in questo capitolo, § 1, C], la norma morale non è coercibile, mancando la sanzione.

Tuttavia, a Roma nel periodo preclassico, vi erano casi nei quali alla violazione di una norma morale seguiva una sanzione indiretta rilevante sul piano giuridico, essendovi dunque una struttura in definitiva coincidente con quella della norma giuridica, caratterizzata dalla coercibilità. I censori (*censores*), magistrati tra le cui competenze rientrava il controllo sul rispetto dei buoni costumi (*boni mores*) da parte dei consociati (*cura morum* <controllo dei costumi>), in caso di trasgressione delle norme morali corrispondenti all'etica sociale da parte dei privati, potevano emanare, all'esito di un *iudicium de moribus* <giudizio relativo ai costumi>, la *nota censoria* <nota censoria>, la quale comportava l'*ignominia* <ignominia/biasimo>, con conseguenze pregiudizievoli per il trasgressore sul piano del diritto pubblico, che ne condizionavano la posizione nelle assemblee popolari e la possibilità di rivestire la carica senatoria. Pertanto, in questo caso la distinzione fra norma morale e norma giuridica era individuabile soltanto sul versante della funzione, in quanto la norma morale, a differenza di quella giuridica, non disciplinava un conflitto di interessi attraverso l'attribuzione di un potere a una persona e di un dovere a un'altra né aveva le altre possibili funzioni delle norme giuridiche (attribuzione di una qualifica e subordinazione degli effetti voluti all'adempimento di un onere).

Va segnalato, inoltre, che talora una medesima situazione può essere oggetto, allo stesso tempo, di una norma morale e di una norma giuridica e, anzi, spesso le più gravi violazioni di una norma morale sono anche oggetto di una norma giuridica (si pensi all'omicidio o al furto): ciò nonostante, la norma morale e quella giuridica rimangono distinte dal punto di vista della funzione e della struttura secondo quanto osservato, ponendosi su piani paralleli e non comunicanti. Quando una stessa situazione sia oggetto allo stesso tempo di una norma giuridica e di una norma morale, dal punto di vista del diritto non interessa se la valutazione sottesa alla norma giuridica e quella sottesa alla norma morale siano di segno uguale (come nei due casi esemplificati) o di segno opposto.

C) Le norme giuridiche vanno anche distinte rispetto alle **norme a rilevanza esclusivamente sociale**, tra le quali rientrano le norme di cortesia e buona educazione, come quella di salutare sul pianerottolo il vicino di casa. Poiché la norma a rilevanza esclusivamente sociale, diversamente da quella morale, riguarda i rapporti intersoggettivi come quella giuridica, la differenza fra la prima e la seconda riguarda soltanto la struttura, non la funzione. Infatti, mentre la norma giuridica è coercibile in quanto prevede una sanzione, in caso di violazione della norma a rilevanza esclusivamente sociale sono possibili solo a forme di autotutela (proporzionata) non assistite dal controllo della comunità (e dunque non giuridiche): per esempio, se il vicino di casa non mi saluta, domani non lo saluterò nemmeno io.

D) Più complessa è la distinzione fra norma giuridica e **norma religiosa**, perché quest'ultima si articola in due tipologie. La prima è costituita dalle norme attinenti alla **dimensione etico-religiosa**, ossia da quelle norme religiose che valutano la condotta individuale conformemente alla morale di una certa religione. Riguardo a tali

norme si può richiamare sul piano teorico quanto osservato a proposito della distinzione funzionale e strutturale fra norma giuridica e norma morale, dato che la norma religiosa di stampo morale ha una sola una funzione valutativa di una condotta individuale, non disciplinando un conflitto di interessi né direttamente né indirettamente, e di solito non ha il carattere strutturale della coercibilità, non essendo prevista una sanzione per il caso in cui essa sia violata.

Dato che il fenomeno religioso non ha solo un carattere intimistico, ma è dotato anche di una rilevanza sociale, v'è anche una seconda tipologia di norme religiose, cui appartengono quelle che disciplinano l'**organizzazione sociale dei credenti**, i quali, a seconda dei vari modelli invernatisi nella storia, possono coincidere con tutti i componenti della comunità, come avveniva nella città-stato antica ('polis' in greco, *civitas* in latino) per la religione pagana, o solo con una parte di essi facenti capo a un organismo intermedio fra l'individuo e la comunità, come avveniva in un primo momento e avviene oggi per il cristianesimo (nel quale i credenti appartengono alla chiesa o alle singole chiese). Le norme religiose riguardanti l'organizzazione dei credenti possono avere anche la funzione di risolvere conflitti interindividuali e la violazione di esse può comportare l'applicazione di una sanzione inflitta nell'ambito dell'organismo interessato (lo stato per la religione pagana e le chiese per quella cristiana), essendo, dunque, in questo caso vere e proprie norme giuridiche. A Roma, dove il paganesimo era una religione di stato e la comunità dei credenti coincideva con quella dei cittadini, le norme organizzative della religione pagana erano norme giuridiche dello stato, che le emanava e ne garantiva l'osservanza.

L'esperienza romana, tuttavia, presentava aspetti particolari, alcuni dei quali non si inquadrano agevolmente nella cornice teorica appena sopra delineata. Innanzi tutto, nel periodo arcaico, durante la monarchia, anche al di fuori delle norme relative all'organizzazione del culto, la separazione fra la sfera civile e quella religiosa non era avvertita in modo netto e, di conseguenza, non è sempre possibile distinguere le norme religiose da quelle giuridiche. Infatti, al re spettava il compito di imporre ai consociati il rispetto delle norme religiose, riguardanti non solo l'organizzazione, ma anche i rapporti dei fedeli fra loro, con i sacerdoti e con le divinità, allo scopo di conservare una condizione di armonia fra la città e i suoi dei, nella quale questi ultimi non fossero adirati con essa (*pax deorum* <benevolenza degli dei>), e se tale condizione era rotta doveva essere ricostituita, a seconda dei casi abbandonando il trasgressore e/o i suoi beni alla divinità offesa (*sacertus* <sacertà>), giustiziandolo (*deo necari* <essere immolato al dio>) o imponendogli sacrifici espiatori (*piacula* <sacrifici/espiazioni>). Dal punto di vista dell'osservatore moderno, le previsioni aventi per oggetto attività dirette a ricostituire l'armonia fra la comunità cittadina e la divinità offesa sono interpretabili come vere e proprie sanzioni, essendo possibile pertanto affermare che anche le norme della morale religiosa riguardanti condotte tenute nei rapporti fra fedeli (cioè fra i cittadini, tutti partecipi del culto della città) erano coercibili. Più specificamente, condotte che nel periodo preclassico avrebbero assunto una rilevanza solo laica erano in quello arcaico oggetto anche di una valutazione religiosa e, inversamente, condotte che nella tarda repubblica avrebbero avuto una portata soltanto sul piano religioso rilevavano anche sul piano del generale ordinamento della città. Per esempio, una legge del

re Numa Pompilio prevedeva la *consecratio* <consacrazione> a *Iuppiter Terminus* <Giove Termine> di colui che avesse spostato o rimosso i confini di un fondo (Dion. 2, 74), mentre verso la fine del periodo preclassico era proponibile in casi di tal genere un'azione denominata *actio finium regundorum* <azione per regolare i confini/di regolamento di confini>, la cui portata era del tutto attinente alla sfera laica [oltre, capitolo sesto, § 13, H]. Inversamente, nel periodo arcaico, il giuramento (*iusiurandum*), che in seguito avrebbe conservato solo una portata religiosa (con alcune eccezioni), era utilizzato per conseguire finalità giuridiche: verisimilmente, per mezzo di un giuramento promissorio, si poteva far sorgere un'obbligazione (nella *sponsio* <promessa solenne> primitiva) [oltre, capitolo settimo, § 11, D ed E] e, per mezzo di due giuramenti assertori contrapposti (*sacramenta*), si poteva far sorgere l'esigenza di accertare una situazione controversa fra due litiganti (nella *legis actio sacramento* <azione di legge per giuramento/cauzione>) [oltre, capitolo quinto, §§ 3, B, e 5, B]. Lo spergiuro avrà comportato la necessità di comportamenti volti a ricostituire la *pax deorum* <benevolenza degli dei> infranta (nel primo caso, forse, la sacertà e, nel secondo, un sacrificio animale espiatorio).

Forse già fin dall'epoca della monarchia etrusca e certamente dall'inizio dell'epoca repubblicana, tuttavia, emerse l'idea di una distinzione fra norme attinenti alla sfera laica e norme attinenti alla sfera religiosa. Da questo punto di vista, rileva la distinzione, attestata per la fine del III secolo a.C., ma probabilmente più risalente, fra *ius* <diritto>, termine con il quale si definisce l'insieme delle norme giuridiche, e *fas* <lecito dal punto di vista religioso> termine con il quale si definisce l'insieme delle norme attinenti alla sfera della religione. Ciò non significa che le norme religiose, per determinati aspetti, non abbiano a lungo continuato a rilevare sul versante del diritto della città, per esempio nelle procedure osservate in alcuni organi assembleari.

Da una prospettiva diversa, sul versante della quale è evidente il carattere giuridico di certe norme attinenti alla religione, può darsi che già nella fase finale del periodo arcaico si distinguesse fra *ius humanum* <diritto umano>, nel quale rientravano le norme giuridiche attinenti alla sola sfera laica, e *ius sacrum* <diritto sacro> o *divinum* <divino>, comprendente le norme giuridiche che riguardavano l'organizzazione della religione e il rapporto con le divinità [oltre, in questo capitolo, § 19, D]. In ogni caso, alla fine del periodo preclassico, la rilevanza dei fenomeni religiosi sul piano dell'ordinamento generale della città era ormai limitata nei rapporti fra privati.

Con il diffondersi del cristianesimo, la comunità dei fedeli cessò di coincidere con quella dei cittadini, ponendosi come realtà intermedia fra questi e lo stato. Fino all'editto di Milano del 313 d.C., che stabilì la liceità della religione cristiana al pari di ogni altra religione praticata a Roma, si evidenziarono momenti di accesa conflittualità fra l'impero e i cristiani (sfociati pure in alcune persecuzioni ai danni di questi ultimi) e, quindi, anche tra le norme giuridiche statali e le norme religiose, non più riferibili allo stato. Successivamente, con il progredire del tardo antico, quando la religione cristiana divenne religione di stato a seguito dell'editto di Tessalonica (380 d.C.), vi furono molti tentativi degli imperatori di regolamentare aspetti della nuova religione (cesaropapismo) e, inversamente, la chiesa cominciò a volere disciplinare ogni aspetto della vita umana, anche in ambiti estranei alla religione, prevedendo sanzioni a carico dei trasgressori.

Sezione seconda

L'ordinamento giuridico e le fonti del diritto

3. *Nozione di ordinamento giuridico e fonti del diritto*

A) L'**ordinamento giuridico** è l'insieme di tutte le norme giuridiche vigenti in un determinato contesto sociale, coincidendo con il diritto oggettivo riferito a tale contesto. Secondo la **teoria statualista**, un tempo molto diffusa, l'unico ordinamento giuridico è quello dello stato, in quanto solo in tale ambito sarebbe riscontrabile quella coercibilità che è tipico carattere di struttura della norma giuridica. Invece, secondo la **teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici**, oltre all'ordinamento giuridico statale vi sarebbero altri ordinamenti giuridici, cioè insiemi di norme giuridiche vigenti nell'ambito di organismi intermedi fra l'individuo e lo stato (come comunità religiose, associazioni private), applicabili a coloro che appartengono a tali organismi e coercibili nell'ambito di essi. Proprio la coercibilità delle norme, che si evidenzia quando l'ordinamento intermedio preveda sanzioni per la violazione di esse e abbia la forza di applicarle, costituisce il sintomo dell'esistenza di un ordinamento giuridico, in quanto questo può esistere solo se dotato del carattere dell'**effettività**, cioè quando sia in grado di imporre attraverso i propri organi il rispetto delle norme che a esso fanno capo. L'effettività è da valutare all'interno dell'ordinamento giuridico di riferimento (e non sul piano dell'ordinamento statale): pertanto, sebbene il più delle volte gli ordinamenti giuridici relativi a organismi intermedi fra il cittadino e lo stato siano riconosciuti e tutelati dall'ordinamento statale, tale riconoscimento e tale tutela non costituiscono presupposti della loro esistenza, per la quale è sufficiente la loro effettività. Pertanto anche le norme interne di un'associazione illecita possono integrare un ordinamento giuridico, ove questo abbia il carattere dell'effettività (si pensi a un'associazione mafiosa).

Malgrado la contrapposizione fra la teoria statualista e la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici si sia storicamente ambientata nel quadro della contrapposizione fra stato e organismi intermedi, va segnalata anche l'esistenza di ordinamenti sovranazionali. A seconda dei casi, per la loro individuazione rilevano il riconoscimento degli stati, versati in accordi internazionali, o il criterio dell'effettività, connessa alla concreta coercibilità delle relative norme, necessaria affinché esse abbiano il carattere della giuridicità.

B) Secondo la visuale moderna, le norme giuridiche, che hanno, come si è visto, i caratteri della generalità e dell'astrattezza [sopra, in questo capitolo, § 1], sono create da determinati fatti storici rilevanti sul piano giuridico, denominati **fonti del diritto**.

to oggettivo o fatti di produzione normativa. Nella letteratura romana giuridica e non giuridica non esistono vere e proprie elencazioni comprendenti solo fonti del diritto intese in tal modo, cioè solo fatti idonei a introdurre nell'ordinamento norme generali e astratte. Tuttavia, sia nelle opere retoriche, riguardanti la tecnica dell'argomentazione, nella quale erano specializzati gli oratori, cioè gli avvocati che difendevano le parti nei processi, sia nelle opere giuridiche, sono contenute alcune elencazioni che, descrivendo da quali fatti promanava il diritto nel suo complesso o il diritto civile, accanto a fatti che non producevano norme generali e astratte e non sono dunque riconducibili al concetto di fonte del diritto in senso moderno, includono anche la menzione di alcune fonti del diritto in senso moderno, come tali idonee a produrre norme generali e astratte.

Nelle **elencazioni delle *partes iuris* <parti del diritto> contenute in opere retoriche della tarda repubblica** e, segnatamente nell'anonima *Rethorica ad Herennium* <Retorica a Erennio> (*Reth. Her.* 2, 19) e nei *Topica* <Argomenti retorici> di Cicerone (*Top.* 28), accanto a vere e proprie fonti del diritto idonee a introdurre norme generali e astratte, come la legge (*lex*), la consuetudine (*consuetudo*) o il costume (*mos*) e gli editti dei magistrati (*edicta magistratuum*), sono compresi fatti che davano luogo a comandi specifici (riferiti a singole persone) e concreti (relativi a fatti storici presi nella loro individualità), come la sentenza (*iudicatum, res iudicata*), l'accordo fra i privati (*pactum*) e i pareri dei giuristi (*iuris peritorum auctoritas*), o rivolti a magistrati, come i senatoconsulti (*senatusconsulta*) del periodo repubblicano, e anche fatti che non introducevano comandi, né generali e astratti né specifici e concreti, come l'equità (*bonum et aequum, aequitas*) e la natura (*natura*). La eterogeneità dei fenomeni elencati si spiega con la funzione di tali elencazioni, consistente nell'indicare dove l'oratore, cioè l'avvocato, potesse rinvenire argomenti giuridici idonei a convincere il giudice della fondatezza della posizione del proprio cliente, a prescindere dal fatto che si trattasse o meno di norme giuridiche.

C) Le **elencazioni contenute in opere giuridiche**, che si rinvencono in un passo delle Istituzioni di Gaio (Gai 1, 2) e in un passo delle *Definitiones* <Definizioni> di Papiniano (D. 1, 1, 7 pr.-1), risalgono al II secolo d.C. e sono rispettivamente riferite alle parti da cui è composto il diritto romano o ai fatti (da intendere, a seconda dei casi, come procedimenti o come soggetti che creano diritto) da cui esso proviene o che lo hanno introdotto.

Esse annoverano accanto a fatti produttivi di norme giuridiche, per definizione generali e astratte, cioè a vere e proprie fonti del diritto nell'accezione moderna, fatti produttivi di soluzioni giuridiche relative a casi concreti, dalle quali i giuristi potevano trarre massime (criteri) per la soluzione di altri casi. Nella elencazione contenuta nelle *Institutiones* di Gaio sono fonti del diritto, producendo norme generali e astratte, le leggi assembleari (*leges*), i plebisciti emanati dalle assemblee della plebe, cioè dalla parte della popolazione non appartenente all'antico patriziato (*plebiscita*), i senatoconsulti, cioè le delibere del senato (*senatus consulta*), che alla sua epoca erano anch'essi divenuti fonte di norme generali e astratte, gli editti dei magistrati (*edicta magistratuum*) che avevano il potere di emanare editti. Potevano, invece, avere per oggetto sia norme generali e astratte sia soluzioni di singoli casi le costituzioni imperiali (*constitu-*

tiones principum), a seconda che si trattasse di costituzioni generali o particolari, mentre i responsi dei giuristi (*responsa prudentium*) contenevano soluzioni relative a singoli casi controversi o dubbi. Dall'analisi delle costituzioni imperiali particolari e delle soluzioni dei giuristi relative a singoli casi, questi ultimi potevano ricavare delle massime (cioè criteri) di decisione per altri casi. Anche nella elencazione di Papiniano, accanto a vere e proprie fonti giuridiche (creative di norme generali e astratte), come le leggi (*leges*), i plebisciti (*plebis scita*), i senatoconsulti (*senatus consulta*), considerate come fonti del *ius civile* <diritto civile>, e l'editto del pretore, fonte del diritto pretorio (*ius praetorium*), detto anche onorario (*ius honorarium*) [oltre, in questo capitolo, § 18, A-E], erano ricordate, tra le fonti del diritto civile, l'autorità (ossia il parere autorevole) dei giuristi (*auctoritas prudentium*), che introduceva soluzioni relative a casi concreti dalle quali potevano essere ricavate massime di decisione per altri casi, e le sentenze del tribunale dell'imperatore (*decreta principis*), che, in quanto sentenze, risolvevano specifiche controversie, non contenendo norme generali e astratte, ma offrivano anch'esse materiale per l'elaborazione, da parte dei giuristi, di massime utilizzabili in altri casi. Pure il contenuto di tali elencazioni si spiega con la loro funzione pratica, che era quella di individuare tutti i fatti dai quali erano introdotti criteri giuridici per la risoluzione dei conflitti intersoggettivi: alla luce del parametro funzionale, ben si comprende come a fatti idonei a creare norme giuridiche, come tali caratterizzate dalla generalità e dall'astrattezza, e perciò riconducibili al concetto moderno di fonti del diritto oggettivo, potessero essere affiancati quei fatti che introducevano soluzioni di singoli casi concreti, dalle quali erano ricavabili, attraverso l'elaborazione dei giuristi, massime (criteri) per la soluzione di altri casi [su tale compito dei giuristi, cfr. oltre, in questo capitolo, § 10].

D) La riscontrata coesistenza, nelle elencazioni delle parti del diritto o dei fatti da cui promana il diritto contenute in opere giuridiche, di vere e proprie fonti del diritto oggettivo (come tali idonee a introdurre comandi generali e astratti) e di fonti di soluzioni riferite a casi concreti, ancorché generalizzabili per opera dei giuristi, è connessa ad alcune caratteristiche del sistema giuridico romano che lo differenziano rispetto ai moderni sistemi giuridici dell'Europa continentale, come il nostro, nei quali si è formata la teoria delle fonti del diritto oggettivo. Mentre questi ultimi sono ispirati al primato della legge, fonte di norme giuridiche, cioè di comandi generali e astratti, che costituisce il modello secondo il quale è stato elaborato il concetto di fonte del diritto, nel diritto privato romano è riscontrabile una **limitata importanza della legge**, che, pur esistendo fin dal periodo arcaico, era solo uno dei fatti che fornivano criteri di risoluzione dei conflitti intersoggettivi, esistendo fin da epoca risalente la consapevolezza che questi ultimi potevano trovare soluzione anche e soprattutto al di fuori delle previsioni legislative.

In tale quadro, i giuristi romani, per suggerire ai consociati le regole da seguire e ai giudici il diritto applicabile, adoperavano un **metodo casistico (o topico)**, cioè non si limitavano a trarre le soluzioni giuridiche delle questioni controverse o dubbie per via deduttiva da norme generali e astratte, come oggi fanno gli operatori del diritto, ma individuavano i criteri di soluzione dei casi sottoposti alla loro attenzione e delle questio-

ni pratiche che si prospettavano in base alle caratteristiche socio-economiche del rapporto. Per fare ciò, essi prendevano in considerazione un ampio spettro di parametri [oltre, in questo capitolo, § 10], tra i quali i fatti enumerati nelle elencazioni contenute in opere giuridiche sopra esaminate, non tutti idonei, come si è visto, a introdurre comandi generali e astratti [sopra, in questo §, C].

4. *Le fonti del diritto nel periodo monarchico e nella prima fase del periodo repubblicano: mores <costumi>, leges regiae <leggi regie>, prime leggi comiziali*

A) A differenza di quanto accade negli ordinamenti moderni, a Roma il diritto precede la legge e in larga parte non è introdotto da essa. Fino alla legge delle dodici tavole, risalente alla metà del V secolo a.C., l'esperienza giuridica romana fu basata soprattutto sui *mores* <costumi>, riferiti a non meglio precisabili antenati nell'espressione *mores maiorum* <costumi degli antenati>. Il loro nucleo più antico risale alle origini della *civitas* <città-stato> e, con ogni probabilità, per alcuni di essi, addirittura all'epoca precivica, dove potrebbero avere riguardato i singoli aggregati umani poi venuti a fare parte della città, ed era costituito da norme giuridiche che disciplinavano gli aspetti fondamentali della vita della società arcaica, rispondendo ad elementari esigenze di ordine e di organizzazione della comunità. Tra le più antiche norme ricondotte ai *mores* erano, per esempio, quelle concernenti il potere assoluto del *paterfamilias* <padre di famiglia/capofamiglia> (denominato *patria potestas* <patria potestà>), la sanzione prevista per il parricidio (*parricidium*), l'interdizione del prodigo (*prodigus*), il lutto vedovile. Ma vi rientravano anche le norme che disciplinavano il matrimonio e i rapporti di parentela, la tutela della proprietà privata, gli atti illeciti.

I *mores* appartenenti a questo nucleo più antico integravano un fenomeno consuetudinario, ma con caratteristiche proprie, collegate alla società primitiva in cui si ambientavano. Mentre il concetto moderno di consuetudine, che si ricollega a quello romano classico di *consuetudo* <consuetudine> [oltre, in questo capitolo, § 11], è basato sull'elemento oggettivo rappresentato dalla ripetizione costante di un comportamento (*usus* <uso>) e su quello soggettivo consistente nella convinzione che questo comportamento sia doveroso sul piano giuridico o almeno sociale (*opinio iuris vel necessitatis* <opinione di diritto o di necessità>), il fondamento dei *mores* si collocava a monte rispetto alla costanza dei comportamenti e alla convinzione della doverosità, in un contesto nel quale erano compenstrate la dimensione giuridica e quella religiosa [sopra, in questo capitolo, § 2, D].

Tale fondamento era individuabile in una concezione giuridico-religiosa immanente, cioè calata nella realtà del mondo e con essa compenetrata (dunque non trascendente, cioè non posta al di là della realtà), di modo che i più antichi *mores*, rispondendo a esigenze basilari di ordine, forse considerate dai contemporanei come parte di un più ampio ordine cosmico, vincolavano non solo gli uomini, ma anche le divinità, disciplinando sia i rapporti fra gli uomini che quelli tra questi e gli dei. Da una prospettiva non incompatibile con quella illustrata, è stato ipotizzato che il fondamento dei *mores*